

Publicato il 15/03/2022

N. 00141/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00016/2022 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 16 del 2022, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da  
Martina Braida, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca De Pauli, con domicilio  
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio  
in Udine, via Vittorio Veneto 39;

***contro***

Comune di Udine, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e  
difeso dagli avvocati Giangiacomo Martinuzzi, Claudia Micelli e Giuseppe Sbisà,  
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Manuel Bossi, non costituito in giudizio;  
Osteria del Caffè s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata  
e difesa dagli avvocati Giulia Milo e Giulia Battistel, con domicilio digitale come da  
PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a) della Determinazione “senza impegno di spesa” n. 2021/5760/552 n. cron. 1758 del 23.12.2021 del Comune di Udine, ad oggetto “*Procedura di gara aperta per la concessione dell'immobile denominato BAR ZECCHINI, PIAZZA XX SETTEMBRE 1870, N. 2. Approvazione del verbale di rideterminazione dei punteggi del 2/12/2021, rettifica aggiudicazione di cui alla Determinazione n. cron. 1377 del 12/10/2021 con contestuale aggiudicazione alla ditta Manuel Bossi?*”;

b) del verbale dd. 2.12.2021, non allegato né trasmesso, menzionato nell'atto sub a);

c) della presupposta comunicazione di avvio del procedimento del 9.11.2021, titolata “*“Avviso di procedura per la concessione di n. 1 unità immobiliare ad uso commerciale “Bar Zecchini”, sito piazza XX settembre 1870 n. 2. Comunicazione revoca della determinazione n. 1377 del 12/10/2021 e contestuale aggiudicazione ad altro soggetto”* (doc. 2);

d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compresi quelli nelle more disposti e/o adottati,

e) della Determinazione “senza impegno di spesa” n. 2021/5760/323 n. cron. 1040 del 23.08.2021 del Comune di Udine, ad oggetto “*Procedura di gara aperta per l'assegnazione in concessione dell'unità immobiliare demaniale di proprietà comunale destinata ad attività commerciale denominata “Bar Zecchini”, piazza XX settembre 1870 n. 2. Approvazione del bando di gara?*”;

f) del Bando di Gara, approvato a mezzo la determinazione sub e);

g) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale,

e altresì per la condanna del Comune di Udine al risarcimento dei danni;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla ricorrente il 31 gennaio 2022: annullamento, previa sospensione degli atti della procedura già impugnati col ricorso introduttivo.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Udine e dell'Osteria del Caffè s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 il dott. Daniele Busico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con ricorso notificato il 17 gennaio 2022 e depositato in pari data la ricorrente, titolare dell'omonima ditta, ha impugnato il provvedimento in epigrafe col quale il Comune di Udine ha rettificato la propria precedente determinazione dirigenziale n. 1377 del 12/10/2021 per la quale la ricorrente era risultata aggiudicataria nella procedura pubblica per l'assegnazione in concessione d'uso dell'immobile di proprietà comunale destinato ad attività commerciale denominato "Bar Zecchini" sito in Piazza XX settembre 1870, n. 2 a Udine (di cui alla determinazione dirigenziale n. 1040 del 23/8/2021).

L'atto impugnato ha disposto la rettifica della prima graduatoria sul rilievo che, nel corso delle verifiche e controlli effettuati, sono emerse una serie di difformità tra quanto dichiarato in gara dalla ricorrente e i requisiti esperienziali valorizzati dall'avviso pubblico.

Il provvedimento ha quindi contestualmente individuato come nuovo soggetto assegnatario la ditta Manuel Bossi in luogo della ditta ricorrente.

2. La ricorrente ha dedotto le seguenti censure: 1) violazione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, violazione degli artt. 1 e 21 *quinquies* l. n. 241/1990, contraddittorietà e sviamento, carenza di potere in concreto; 2) violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 l. n. 241/1990, violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e di pubblicità; 3) violazione degli artt. 3, 30, 95, 164 e 173 del d.lgs. n. 50/2016,

illegittimità propria e derivata; 4) violazione degli artt. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e difetto di motivazione; 5) violazione dell'art. 57 *bis* del d.lgs. n. 42/2004 e nullità del bando.

3. L'amministrazione comunale e la società Osteria del Caffè s.r.l. si sono costituite in giudizio in resistenza al ricorso.

4. Con atto di motivi aggiunti notificato il 31 gennaio 2022 e depositato lo stesso giorno la ditta ricorrente ha dedotto le seguenti ulteriori censure: 1) violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, dell' art. 5.b) del bando di gara, travisamento; 2) violazione degli artt. 1 e 3 l. n. 241/1990, difetto di motivazione, illogicità e violazione del principio dell'effettività del contraddittorio.

5. Alla camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 la causa è passata in decisione, previo avviso alle parti ai sensi dell'art. 60 cod.proc.amm..

6. Il ricorso è solo in parte fondato.

Nell'accostarsi all'esame delle singole censure occorre procedere secondo la gradazione proposta dal ricorrente, nel rispetto del principio dispositivo.

7. Col primo motivo la ricorrente lamenta, in estrema sintesi, l'inammissibilità del ricorso all'istituto della rettifica sul rilievo che esso può essere utilizzato unicamente per la correzione di meri errori materiali e non quale strumento per la modifica ed integrazione di un precedente provvedimento di aggiudicazione. Peraltro, la Commissione, che aveva ormai concluso la propria attività valutativa, non poteva essere nuovamente investita di ulteriori attività perché il suo compito e il relativo potere in seno alla procedura si erano ormai esauriti.

Il motivo è infondato perché l'Amministrazione ha in effetti provveduto alla revoca della precedente aggiudicazione in favore della ditta ricorrente (fase rescindente), rimodulando, all'esito di una nuova valutazione da parte della Commissione giudicatrice, la graduatoria finale (fase rescissoria).

La rettifica in questo senso non va intesa come rimedio per correggere un errore materiale compiuto dalla commissione, ma quale idonea e fisiologica modalità per ritirare e sostituire la precedente (errata) valutazione tecnico-discrezionale compiuta, alla luce delle criticità ben messe in luce dall'amministrazione tanto nella comunicazione del 9 novembre 2021, quanto nei verbali dell'adunanza della commissione del 2 dicembre 2021.

Legittimamente quindi, proprio in ragione di tali ultimi riscontri che gettavano seri dubbi in ordine alla veridicità delle dichiarazioni rese dalla ricorrente nella propria offerta tecnica relativamente al dato esperienziale vantato dalla candidata, la Commissione è stata correttamente riconvocata per l'esame del relativo aspetto emerso solo in sede di controllo.

Alla luce delle suesposte considerazioni la censura è quindi infondata.

8. Con il secondo motivo la ricorrente deduce il difetto di motivazione della nuova valutazione compiuta dalla Commissione nel verbale del 2 dicembre 2021 dal quale non si riuscirebbe a comprendere l'*iter* logico valutativo del nuovo punteggio attribuito e rideterminato al ribasso. D'altra parte, sostiene quest'ultima, la Commissione non avrebbe nemmeno tenuto conto delle osservazioni fornite dalla ricorrente in data 23 novembre 2021.

In motivo è infondato perché nel verbale del 2 dicembre 2021 la commissione ha dato conto delle ragioni che hanno determinato la riduzione del punteggio in origine attribuito alla ditta ricorrente, proprio in relazione alle rilevate discrasie tra quanto dichiarato in sede di gara e quanto poi verificato sulla base della documentazione fornita e dei controlli effettuati.

Il punteggio numerico risulta sufficiente a dare conto delle ragioni della scelta discrezionale-valutativa operata dalla commissione in ordine alle capacità professionali del proponente, in considerazione della sufficiente specificità dei criteri stabiliti nell'avviso pubblico (v. infra l'art. 5 dell'avviso pubblico).

D'altra parte con l'avviso di avvio del procedimento del 9 novembre 2021 l'Amministrazione aveva già puntualmente indicato alla ricorrente le criticità rilevate sulla sua proposta; contestazioni analitiche a fronte delle quali la ricorrente, nelle proprie controdeduzioni, non ha fornito adeguati riscontri documentali.

Il motivo pertanto si presenta complessivamente infondato.

9. Col primo motivo dell'atto di motivi aggiunti, da intendersi prioritario all'esame del terzo, quarto e quinto motivo del ricorso introduttivo, la ricorrente deduce la violazione dell' art. 5 lett. b) del bando di gara e il travisamento dei fatti sul rilievo che il contratto di lavoro in essere col dipendente Gigante è in realtà anteriore al termine di presentazione delle offerte (27 settembre 2021), non rilevando affatto la circostanza – invece valorizzata dall'Amministrazione - della sua conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato avvenuta solo il 23 novembre 2021.

Col secondo motivo aggiunto la ricorrente si duole della genericità delle contestazioni formulate dall'Amministrazione comunale in relazione alle pregresse esperienze del sig. Daniele Gigante, dipendente della ditta ricorrente.

Entrambi i motivi aggiunti, che possono essere esaminati congiuntamente perché connessi, sono infondati.

9.1. L'art. 5, lett. b) dell'avviso pubblico prevede, tra i criteri per l'attribuzione del punteggio, *“la valutazione della capacità professionale del proponente per un massimo di 40 punti , attraverso l'indicazione delle attività già svolte ed in corso di svolgimento, con particolare riferimento ad attività di gestione di pubblici esercizi (tipologia, ubicazione dell'esercizio, anni di esperienza). In caso di soggetto giuridico di nuova costituzione dovranno essere fornite analoghe presentazioni di tutti i soggetti partecipanti e costituenti il nuovo soggetto che partecipa al Bando, con indicazione dell'equipe di lavoro che si intende costituire per la gestione dell'esercizio (organigramma, numero di addetti, relative qualifiche e esperienze). Saranno assegnati n. 2 punti per ogni anno di gestione di bar siti all'interno di centri storici classificati dagli strumenti urbanistici in zona A e n. 1 punto per ogni anno di gestione di bar situati in altre aree.”*.

9.2. La *lex specialis* è dunque chiara nell'attribuire il punteggio alle sole esperienze maturate dal proponente il quale, se partecipatene a titolo personale o quale titolare di una ditta, non può far valere *tout court* quale titolo esperienziale specifico l'attività prestata in suo favore da altri soggetti.

Se questo è vero in linea generale, occorre altresì considerare che nel caso di specie il contratto tra la ricorrente e il Gigante sottoposto all'Amministrazione in sede di gara è in realtà un contratto di lavoro a tempo determinato, con originaria scadenza fissata al 28 febbraio 2022; ciò che esclude in radice (almeno al tempo della presentazione delle offerte) che il lavoratore fosse stabilmente inserito nell'organigramma e nella struttura della ditta proponente.

È quindi del tutto ragionevole che l'Amministrazione, nell'attribuzione del punteggio di cui al criterio esperienziale, abbia escluso la valutabilità dell'esperienza di un dipendente assunto soltanto a tempo determinato, appena per qualche mese.

La sua esperienza lavorativa non appare infatti immediatamente riferibile alla ditta proponente, non potendo quest'ultima contare e fare affidamento sulla sua attività per tutta la durata della concessione (ben 12 anni, a fronte di un contratto di lavoro della durata di pochi mesi).

9.3. È poi irrilevante che il contratto di lavoro *inter partes* si sia solo successivamente convertito a tempo indeterminato sull'assorbente rilievo che la conversione medesima è avvenuta solo dopo la scadenza per la presentazione delle offerte e quindi non poteva essere affatto valutata dalla Commissione.

9.4. Occorre poi rilevare che le ulteriori contestazioni mosse dall'Amministrazione comunale in relazione all'offerta della ditta ricorrente non sono affatto generiche e sono relative a significative difformità tra quanto dichiarato dalla candidata e quanto poi effettivamente documentato. Discrasie analiticamente indicate dall'Amministrazione e non efficacemente o documentalmente contrastate dalla ricorrente.

10. Col terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce, in via gradata, la sproporzione prevista nel bando tra la componente economica (recante in dote un punteggio massimo di 60 su 100 punti totali) e quella qualitativa (appena 40 punti); per altro verso, tale ultima componente avrebbe irragionevolmente valorizzato solo il dato esperienziale della candidata, senza dare adeguato rilievo agli ulteriori aspetti qualitativi individuati per le concessioni di servizi dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016.

Il motivo è infondato.

Occorre introduttivamente rilevare che, nei contratti attivi, l'Amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nell'individuazione del peso da attribuire all'offerta economica rispetto a quella tecnica/qualitativa.

Nel caso di specie la ricorrente non ha evidenziato profili di irragionevolezza della scelta dell'Amministrazione che, al contrario, appaiono *prima facie* adeguati e ben bilanciati in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche della concessione stessa.

Occorre poi rilevare che, in disparte la questione relativa alla qualificazione del rapporto (se concessione di servizi o concessione di beni), ai sensi dell'art. 164, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 *“alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione”*.

Da ciò deriva che è del tutto legittima la mancata considerazione di ulteriori aspetti qualitativi che normalmente vengono valorizzati nell'ambito delle procedure d'appalto: occorre al riguardo subito rilevare infatti che l'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016



non può trovare testuale, immediata e stringente applicazione alla concessione in parola perché si tratta appunto di concessione e non di appalto.

11. Col quarto motivo di ricorso, articolato in via ulteriormente gradata, la ricorrente sostiene la violazione dell'art. 95, comma 10 *bis*, cit. nella parte in cui si prevede un tetto massimo del 30% per il punteggio attribuibile in relazione all'offerta economica.

Per le considerazioni appena svolte in relazione al terzo motivo di ricorso, anche il presente mezzo di gravame va disatteso, trattandosi di una concessione nell'ambito della quale l'aspetto economico acquisisce ragionevolmente un peso preponderante.

12. Col quinto motivo la ricorrente deduce la nullità/annullabilità del bando e delle successive operazioni di gara perché la procedura sarebbe stata erroneamente indetta in mancanza della preventiva autorizzazione da parte del Ministero della Cultura ai sensi dell'art. 57 *bis* del d.lgs. n. 42/2004, soprattutto alla luce del fatto che sono previsti interventi impattanti sul bene tutelato dato in concessione.

Il motivo è fondato.

12.1. Ai sensi dell'art. 57 *bis* de d.lgs. n. 42/2004

*“1. Le disposizioni di cui agli articoli 54, 55 e 56 si applicano ad ogni procedura di dismissione o di valorizzazione e utilizzazione, anche a fini economici, di beni immobili pubblici di interesse culturale, prevista dalla normativa vigente e attuata, rispettivamente, mediante l'alienazione ovvero la concessione in uso o la locazione degli immobili medesimi.*

*2. Qualora si proceda alla concessione in uso o alla locazione di immobili pubblici di interesse culturale per le finalità di cui al comma 1, le prescrizioni e condizioni contenute nell'autorizzazione sono riportate nell'atto di concessione o nel contratto di locazione e sono trascritte, su richiesta del soprintendente, nei registri immobiliari. L'inosservanza, da parte del concessionario o del locatario, delle prescrizioni e condizioni medesime, comunicata dal soprintendente alle amministrazioni cui i beni pertengono, dà luogo, su richiesta delle stesse amministrazioni, alla revoca della concessione o alla risoluzione del contratto, senza indennizzo”.*

Lo stesso ente locale ha riconosciuto nelle premesse della propria determinazione indittiva della gara la sussistenza di un interesse culturale sull'immobile e sui locali oggetto della presente procedura. L'incontestata sussistenza di tale vincolo di natura culturale fa ricadere il bene in questione all'interno del perimetro di applicazione della previsione dell'art. 55 (o comunque dell'art. 56, comma 1, lett. a).

Conseguentemente, ai sensi del citato art. 57 *bis*, per l'indizione della procedura in esame, volta appunto alla concessione di un bene immobile pubblico di interesse culturale, era quindi necessaria la preventiva autorizzazione da parte de Ministero della Cultura.

12.2. Ciò tanto più alla luce del fatto che – come ben messo in luce della ricorrente - la stessa concessione prevede alcuni significativi interventi, anche strutturali, sull'immobile (quali adeguamento / messa a norma dell'impianto elettrico e di illuminazione, con relativa progettazione e rilascio delle relative certificazioni di conformità; adeguamento del servizio igienico con sostituzione dei sanitari e realizzazione di nuove piastrellature della pavimentazione e delle pareti perimetrali; verifica efficienza della caldaia esistente (con opzione di sostituzione) e dei radiatori; riparazione / messa a norma delle vetrate e delle serrande; sostituzione e adeguamento delle pavimentazioni danneggiate; tinteggiatura dei locali) che rendono ineludibile il preventivo vaglio da parte dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo culturale.

Difatti, sebbene gli atti riguardino un'altra simile procedura concessoria ancora in itinere, con determina n. 313 del 4 marzo 2022 (depositata in giudizio dalla parte ricorrente l'8 marzo 2022) il Comune ha reputato di integrare gli atti di quella gara con il "*provvedimento di autorizzazione alla concessione in uso in sanatoria*" da parte del Ministero della Cultura, così riconoscendo la necessità della preventiva autorizzazione. Riconoscimento quest'ultimo che non può che valere anche per la presente procedura, del tutto simile.

Al riguardo sembra opportuno puntualizzare la tempestività della produzione documentale da ultimo citata la quale riguarda un documento di provenienza comunale e di formazione successiva alla scadenza dei termini processuali.

12.3. Deve essere infine sottolineato che se è pur vero, come correttamente rilevato dal Comune, che l'art. 164 del d.lgs. n. 42/2004 riguarda gli atti a valle della procedura pubblicistica è anche vero che la violazione della necessità della preventiva autorizzazione comporta comunque l'illegittimità degli atti della fase pubblicistica (quale tipico vizio di violazione di legge) che dall'autorizzazione stessa illegittimamente prescindano.

L'art. 164, comma 1, cit. prevedendo che *“Le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte, sono nulli”* fa quindi riferimento anche alla generica categoria degli “atti giuridici” che ricomprendono senz'altro anche gli atti dei procedimenti di evidenza pubblica, come è quello per cui è causa.

D'altra parte, sarebbe del tutto insensato sostenere la legittimità di una procedura amministrativa che sfocia irrimediabilmente in un atto concessorio affetto da nullità. All'Autorità preposta alla tutela del bene culturale, pertanto, deve essere data la possibilità di esercitare il proprio preventivo vaglio sugli atti indittivi della procedura ad evidenza pubblica onde verificare l'assentibilità dei progetti per l'esecuzione di importanti lavori anche strutturali da effettuarsi sul bene medesimo. Interventi, peraltro, costituenti il contenuto essenziale del rapporto concessorio in base alle stesse previsioni della legge di gara.

Da ciò consegue l'illegittimità dell'intera procedura che, conseguentemente, deve essere annullata.

12.4. Da ultimo occorre puntualizzare, perché la relativa eccezione di parte è stata oggetto di discussione tra le parti anche all'odierna camera di consiglio,

l'ammissibilità del presente motivo di ricorso, atteso che la ricorrente – ottenuto l'annullamento dell'intera procedura - conserva l'interesse strumentale alla riedizione della gara.

13. In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni, il quinto motivo di ricorso deve trovare accoglimento, mentre le altre censure vanno respinte. Da ciò consegue che il ricorso *in parte qua* va accolto per le ragioni indicate al paragrafo n. 12 e, per l'effetto, gli atti impugnati devono essere annullati.

Nel rideterminarsi, l'Amministrazione, prima di procedere ad effettuare una nuova procedura di gara per la scelta del contraente, dovrà quindi acquisire la preventiva autorizzazione ai sensi dell'art. 57 *bis* del d.lgs. n. 42/2004 e solo poi predisporre gli atti di gara inserendovi da subito le eventuali prescrizioni e condizioni contenute nell'autorizzazione del Ministero della Cultura; condizioni che poi saranno riportate nell'atto di concessione.

14. L'istanza risarcitoria proposta dalla ditta ricorrente non può invece essere accolta perché quest'ultima, in considerazione dell'annullamento dell'intera procedura, ben potrà partecipare alla nuova procedura e quindi ottenere l'invocato bene della vita che non ha ancora irrimediabilmente perduto.

15. Le spese di lite, in considerazione della novità di alcune delle questioni esaminate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese di lite tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Oria Settesoldi, Presidente

Luca Emanuele Ricci, Referendario

Daniele Busico, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Daniele Busico**

**IL PRESIDENTE**

**Oria Settesoldi**

**IL SEGRETARIO**